

## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS – L'HOMME QUI A VU L'HOMME QUI A VU L'OURS

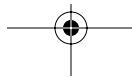
Louise ROLLAND\*

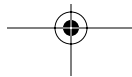
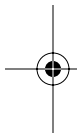
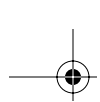
INTRODUCTION.....	383
I. LES VALEURS DANS LE DROIT .....	384
A. Les valeurs en raison .....	386
B. Les valeurs en faits .....	388
II. LE TRAITEMENT DES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS.....	392
A. Liberté et ignorance des faits/Démocratie et sélection des faits .....	397
B. Sécurité de la personne et réception des faits.....	405
CONCLUSION.....	415

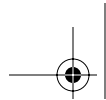


---

\* Professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal.







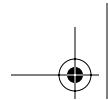
## INTRODUCTION

La constitutionnalisation des droits et libertés fondamentaux en 1982 a créé, dans la communauté juridique canadienne, une onde de choc. Jusqu'à quel point la Charte des droits et libertés allait-elle modifier l'équilibre des pouvoirs démocratiques ? Jusqu'où allait-elle changer la fonction de juger ? Dans un contexte qui pouvait mener à un point de rupture, intéressée par l'indétermination du droit et les processus de cristallisation du sens des normes, par la pesée des valeurs conflictuelles et des intérêts divergents, Andrée Lajoie a proposé un vaste et ambitieux projet de recherche fondé sur l'hypothèse que l'interprétation judiciaire de l'expression constitutionnelle « société libre et démocratique »<sup>1</sup> serait tributaire des conceptions que les juges entretenaient déjà sur la société, la liberté et la démocratie. Pour échapper à l'inévitable circularité des boucles d'interprétation que pourrait provoquer l'utilisation des seuls instruments juridiques, elle a choisi d'asseoir théoriquement son projet sur la nouvelle rhétorique de Perelman et de faire appel aux méthodes d'analyse de la socio-linguistique.

Centrée sur l'analyse du discours, cette recherche empruntait à Perelman l'hypothèse que les juges tiennent compte des attentes de deux auditoires – un auditoire universel formé des parties, de leurs avocats, des médias et de la population en général, ainsi qu'un auditoire spécialisé formé de la communauté juridique – et qu'ils tendent à les réconcilier, le cas échéant. Cet effort rhétorique est encadré non seulement par le contexte factuel et juridique de l'affaire, mais également par les postulats obligés du droit et les postulats implicites centraux de la pensée du juge. Si ces variables agissent comme contraintes en délimitant un horizon d'interprétation,

---

<sup>1</sup> Article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.U., c. 11)] : ci-après : *Charte*) : La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.



elles n'excluent pas pour autant toute discrétion : elles modèlent le discours sans évincer totalement les convictions.

J'ai participé à cette recherche pendant mes études de maîtrise et de doctorat (dirigées par Andrée Lajoie). Initiée à l'analyse fine du discours juridique, aux théories de l'herméneutique (analyse rhétorique, analyse systémale), il ne m'était plus possible d'adhérer aux principes de la neutralité axiologique du pouvoir judiciaire. J'ai dès lors mené mes propres recherches sur l'intégration des valeurs au droit. Moins intéressée par les thèses perelmaniennes sur l'importance des auditoires et sur la fonction persuasive du jugement, j'ai développé une grille d'analyse orientée davantage sur la structure argumentative du discours, sur les rationalités qui présidaient à la résolution des conflits de valeurs inévitablement soulevés par le test de constitutionnalité introduit par la Charte dans l'univers judiciaire.

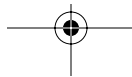
Je veux rendre compte de l'importance qu'Andrée Lajoie a eue sur mon parcours intellectuel. Elle m'a transmis son courage et son audace, elle m'a convaincu de défier les conventions, de crever les écrans de la pensée traditionnelle. Tout était permis dès lors que les assises théoriques étaient bien documentées et que la rigueur présidait à l'analyse. Je lui dois surtout d'éprouver autant de plaisir à explorer les fondements architecturaux de la construction juridique, à découvrir et redessiner les plans, coupes, axonométries du processus régulateur.

## I. LES VALEURS DANS LE DROIT

L'intégration des valeurs au droit a de tout temps fait l'objet de discussions, de controverses théoriques. Mises en rade par l'hégémonie kelsennienne, les valeurs devaient rester dans le champ politique qui les fixait par voie législative. La discussion et les choix, laissés aux élus, précédaient donc le droit et les valeurs ainsi posées, liaient les juges chargés d'appliquer des règles prédéterminées<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., 1991 ; Gérard TIMSIT, *Les figures du jugement*, Paris, P.U.F., 1993 ; Gérard TIMSIT, *Gouverner ou juger*, Paris, P.U.F., 1995.



## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

Seules l'ambiguïté, les antinomies, les lacunes donnaient alors aux tribunaux d'accéder aux valeurs et de codéterminer le sens de la loi : l'effort d'interprétation se déployait alors dans le champ des valeurs présupposées, fondatrices du système juridique, auxquelles étaient associés le plus souvent les principes généraux du droit ou encore dans le champ des valeurs supposées, finalités de la norme, perçues téléologiquement par le filtre du remède législatif. Ces incursions judiciaires portaient toujours des traces de réserve et donnaient rarement lieu à un discours exprès sur les valeurs.

L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* a profondément bouleversé cette conception positiviste du droit et a reconfiguré la fonction de juger : les tribunaux se voyaient alors confier la tâche de sauvegarder, sinon de promouvoir ces droits et libertés fondamentaux, au risque de bouleverser les choix parlementaires. Même si la Charte est muette à cet égard, les garanties constitutionnelles ont été associées aux valeurs dès ses premières applications par la Cour suprême<sup>3</sup> : soit elles consacrent<sup>4</sup> ou reconnaissent<sup>5</sup> des valeurs, soit elles les sous-tendent<sup>6</sup>, soit des valeurs leur sont sous-jacentes<sup>7</sup>. Nous aurions pu penser que cette qualification proposait une hiérarchie entre, d'une part, des valeurs garanties et, d'autre part, des intérêts, objectifs ou fins défendus par des politiques législatives<sup>8</sup>, hiérarchie qui allait donc présider au contrôle de la validité constitutionnelle des lois. Il n'en fut rien puisque,

<sup>3</sup> Cette analyse porte sur les arrêts allant de 1982 à 1992.

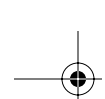
<sup>4</sup> À titre d'exemples : *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, 813 ; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, 1156-1158 ; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 178 [ci-après : *Morgentaler*],

<sup>5</sup> À titre d'exemples : *Jones c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 284 ; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588 ; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

<sup>6</sup> À titre d'exemple : *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, 1252.

<sup>7</sup> À titre d'exemples : *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 280 ; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, 520 et 521.

<sup>8</sup> Dans ce texte, nous donnons à la loi un sens générique comprenant les règlements bien sûr mais également les actes administratifs, bref le champ d'application de la Charte fixé par la Cour suprême.



du même élan, les tribunaux attribuaient également cette qualification aux lois : des valeurs sont donc proclamées par le Parlement<sup>9</sup>, consacrées ou reconnues par des lois<sup>10</sup>, sous-jacentes aux dispositions législatives<sup>11</sup>. La loi, que l'on identifiait volontiers au résultat d'un choix démocratiquement légitime entre tendances antagoniques ou à l'équilibrage de tensions divergentes, devient la résolution d'un conflit de valeurs : c'est cette évaluation qui est remise en question devant les tribunaux au nom d'autres valeurs ou des mêmes, mais autrement pondérées.

Les tribunaux doivent donc appliquer une Charte basée essentiellement sur une procédure de résolution des conflits<sup>12</sup>, de conflits de valeurs selon leur propre interprétation<sup>13</sup> : par conséquent, toute contestation est une invitation au revirement axiologique<sup>14</sup>.

#### A. Les valeurs en raison

Se pose alors l'inévitable question des jugements de valeurs. Ces derniers provoquent le plus souvent un malaise dans la communauté juridique : perçus comme arbitraires, on leur oppose immédiatement les jugements de réalité, plus encore les jugements de droit. On reproche aux jugements de valeurs leur irrationalité, on leur reproche de voguer au rythme des préférences personnelles des juges, ce qui impliquerait pour le droit, ontologiquement le subjectivisme, épistémologiquement le psychologisme : ils clameraient le triomphe du relativisme, voire du nihilisme. Cette perception,

<sup>9</sup> Morgentaler, précité, note 4, 46 et 137.

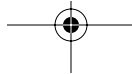
<sup>10</sup> R. c. Garofoli, [1990] 2 R.C.S. 1421, 1479; Jones c. La Reine, précité, note 5.

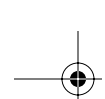
<sup>11</sup> R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697, 785.

<sup>12</sup> Essentiellement par le jeu combiné des articles 52(1) (primauté de la Constitution), 33 (disposition dérogatoire), 7 ( principes de justice fondamentale) et 1 (disposition limitative).

<sup>13</sup> Conflits de valeurs entre non seulement les dispositions législatives ou actes administratifs contestés et garanties constitutionnelles, mais encore entre les différentes garanties constitutionnelles elles-mêmes.

<sup>14</sup> Nous employons le terme axiologie dans son sens didactique de théorie des valeurs.





## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

par son effet court-circuitant sur la pensée juridique, n'est pas satisfaisante.

À mon avis, les jugements de valeurs répondent de raisons articulées en réseau cohérent, d'une rationalité donc accessible par la reconstruction ; les juges, dans l'exercice de leurs fonctions légitimes, prennent leur décision une fois convaincus qu'elle repose sur des raisons argumentées et susceptibles d'une universalisation potentielle. On connaît déjà le mode sociologique d'universalisation<sup>15</sup> : est-ce qu'un sujet idéal-typique arriverait à la même conclusion si ces raisons lui étaient soumises dans le même contexte ? On connaît également le mode rhétorique d'universalisation<sup>16</sup> : est-ce que ce système articulé de raisons pourrait, s'il était correctement exposé, convaincre l'auditoire universel ?

Cette recherche d'universalisation met en lumière qu'un jugement de valeurs rationnel ne peut reposer sur une conviction solipsiste : il est au contraire susceptible d'un rattachement – dirions-nous – dialogique avec la société. Vue comme communauté, cette dernière se personnalise à travers une culture commune<sup>17</sup> qui agit comme contextualisation temporelle et spatiale. Vue comme collectivité, elle met en jeu les rapports mutuels de ses membres<sup>18</sup> comme les rapports de chacune des parties individualisées à l'ensemble. Vue comme organisme, elle se structure en systèmes et institutions. Que les valeurs soient communautaires, collectives<sup>19</sup> ou structurelles, qu'elles soient sociales, politiques ou juridiques, elles naissent de la société qui en constitue ultimement tous les ponts de rattachement.

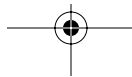
<sup>15</sup> Raymond BOUDON, *Le juste et le vrai – Études sur l'objectivité des valeurs*, Paris, Fayard, 1995, p. 86.

<sup>16</sup> Chaïm PERELMAN et Lucie OBLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation – La nouvelle rhétorique*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie de l'Université de Bruxelles, 1988.

<sup>17</sup> Certains diraient une culture dominante.

<sup>18</sup> Y compris des groupes quel que soit leur degré d'organisation.

<sup>19</sup> Ce qui comprend les valeurs individuelles.





Bien que le préambule de la Charte canadienne proclame que « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu », la laïcité moderne<sup>20</sup> domine la plupart des États occidentaux et suppose le caractère exclusivement immanent des valeurs. Mais en dehors de toute idée de révélation divine, mythologique ou naturaliste, certaines valeurs atteignent à la transcendantalité en ce qu'elles sont posées, dans leur fonction idéalisante, comme principes fondateurs d'abord de l'humanité, ensuite de la civilisation, enfin de l'organisation politico-juridique<sup>21</sup>. Ces valeurs transcendantes sont-elles pour autant absolues ? Leur statut hiérarchiquement supérieur s'oppose-t-il à toute dérogation ? De création humaniste, elles demeurent dans la sphère d'intervention sociale, mais les conflits qui les mettent en cause seront résolus selon d'autres méthodes que celles retenues pour les valeurs identifiées comme strictement immanentes.

Ces qualifications et catégorisations ne ressortent pas explicitement de la Charte ou des jugements des tribunaux canadiens. Elles nomment, dans un effort de systématisation, les lieux de conflits identifiés implicitement dans le discours judiciaire. Elles participent, de ce fait, à la résolution des conflits de valeurs selon des méthodes qui varient suivant que le conflit est soulevé entre des valeurs d'une même catégorie ou entre les différentes catégories de rattachement.

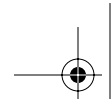
## B. Les valeurs en faits

Les jugements de valeurs qui nous intéressent s'inscrivent dans un cadre particulier, le cadre judiciaire. La motivation des décisions de justice obéit à certaines règles, répond d'impératifs orienteurs caractéristiques du raisonnement judiciaire : une situation de réalité (les faits) formalisée par une question qualificative (question

<sup>20</sup> Voir à cet effet : Luc FERRY, *L'homme-Dieu ou le Sens de la vie*, Paris, Grasset, 1996.

<sup>21</sup> Malgré la croissance du degré de contextualisation que cette énumération soulève, il faut considérer la vocation universalisante des concepts de droits fondamentaux de la personne et de démocratie dans le monde contemporain.





## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

en litige) qui l'inscrit dans les schèmes juridiques (règles de droit) pour résoudre rationnellement et raisonnablement (motivation en droit et en faits) un conflit (décision)<sup>22</sup>. Tous ces éléments concourent à la structuration des jugements de valeurs. Ne retenons ici que les faits.

En effet, les tribunaux n'interviennent que dans la mesure où ils ont été dûment saisis d'un litige<sup>23</sup>, le plus souvent introduit par une situation de faits<sup>24</sup>. La preuve des faits, dans un système contradictoire comme celui du Canada, est sous l'entière responsabilité des parties. En ce sens, les faits constituent une contrainte externe pour les tribunaux.

Comment la situation de réalité s'inscrit-elle dans un jugement de valeurs ? Quelles sont ses fonctions, sa portée ?

Les faits, comme éléments de réalité, ont été vus par le positivisme scientifique comme statiques, extérieurs et donc observables, atteignant en cela une authenticité universelle. Le problème, mis en lumière par les linguistes, venait de leur passage à l'expression langagière, leur représentation et leur communication : si l'objet, le représenté, est en soi le même pour tous, sa représentation, son signe, n'est pas univoque et commande un accord<sup>25</sup>, une entente<sup>26</sup> qui lui enlève son objectivité intrinsèque. Un jugement comporte toujours un exposé des faits, composante essentielle du raisonnement, de l'expression judiciaire. Or, un jugement est un discours argumenté et en argumentation, le choix des données et

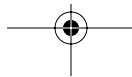
<sup>22</sup> Cette forme de raisonnement global est le plus souvent identifiée comme le syllogisme judiciaire dont les faits sont la mineure, les règles de droit la majeure et la décision, la solution.

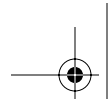
<sup>23</sup> C'est du reste le litige potentiel qui donne ouverture au jugement déclaratoire. Nous excluons cependant les procédures de renvois.

<sup>24</sup> Ou la formulation d'une question quand il s'agira de la contestation de la validité constitutionnelle des lois : cette procédure n'exclut pas la présentation de faits et les parties s'en prévalent dans la plupart des cas.

<sup>25</sup> C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 16, p. 89.

<sup>26</sup> Charles HARTSHORNE and Paul WEISS (dir.), *Collected papers of Charles Sanders Peirce*, Cambridge, Harvard University Press, 1931-1960 (cité par Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication – I. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, Paris P.U.F., 1994.).





leur adaptation en vue du raisonnement constituent une étape importante :

Les accords dont l'orateur dispose, sur lesquels il peut prendre appui pour argumenter, constituent un donné, mais qui est si vaste et susceptible d'être utilisé de façons si diverses, que la manière de s'en prévaloir présente une importance capitale. Avant d'examiner l'usage argumentatif de ce donné, il est donc indispensable d'attirer l'attention sur le rôle de la sélection préalable des éléments, qui serviront de point de départ à l'argumentation, et de leur adaptation aux buts de cette dernière.<sup>27</sup>

Le discours judiciaire échapperait donc à cette donne et se distinguerait d'autres formes de discours en ce que les juges ne le prononcent pas spontanément et n'en choisissent pas librement et volontairement les données initiales. Cette conclusion occulterait la nature évaluative de la réception, de l'appréciation et de la qualification juridique des faits. Certains soutiennent que la description des faits comme l'interprétation qui leur est donnée éclairent sur « la manière dont le juge les accueille et les sélectionne »<sup>28</sup>. Marc Gold ajoute une autre dimension à cet exercice :

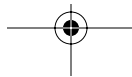
Highlighting certain elements gives them a presence that prevents them from being ignored by the audience. Conversely, down-playing certain facts [...] is akin to suppressing their very existence, the hope being that the audience will disregard or forget them.<sup>29</sup>

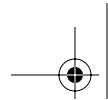
Les faits feraient donc l'objet d'une appropriation judiciaire selon un double mouvement. Les faits agissent sur la conviction intime du juge : leur poids respectif au regard du fardeau de la preuve, leur pertinence au regard du contexte, la fiabilité des moyens de preuve, la crédibilité des témoins sont autant de facteurs d'appréciation

<sup>27</sup> C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 16, p. 154.

<sup>28</sup> Jerzy WROBLEWSKI, « Motivation de la décision judiciaire », dans Chaïme PERELMAN (dir.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit – Au-delà du positivisme juridique*, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », vol. XXIX, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 117.

<sup>29</sup> Marc GOLD, « The Mask of Objectivity : Politics and Rhetoric in the Supreme Court », (1985) 35 *U.T.L.R.* 154, 490.





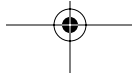
## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

qui déterminent l'influence qu'ils auront sur la décision du juge. Et la description des faits par le juge agit sur la conviction des destinataires du jugement, ceux que Marc Gold après Perelman appelle l'auditoire : les parties au litige, leurs procureurs, les intervenants, la communauté juridique y compris les tribunaux supérieurs et inférieurs, voire les groupes sociaux organisés, les médias, la population en général ont des attentes dont le juge est conscient au moment de la rédaction de son jugement, attentes dont certaines seront comblées et d'autres pas. Double mouvement de réception et d'émission, double effort rhétorique : dialogisme argumentatif. Selon les perspectives linguistique et rhétorique, les faits n'ont ce statut hiérarchiquement supérieur de vérité qu'une fois admis comme telle mais ne recouvrent jamais, dans cet exercice, leur caractère objectif irrévocable<sup>30</sup>. Les faits, leur représentation, leur signification sont donc variables. Ils provoquent, en tout état de cause, dans la pensée et le raisonnement un éveil orienté par le schème de référence à travers lequel le sujet ou l'interprétant en prend connaissance : un éveil pratique, un éveil scientifique, un éveil juridique, voire un éveil axiologique. Les faits, ainsi perçus et représentés, sont dès lors changeants et portent les traces du schème d'appréhension retenu.

Dans les jugements de valeurs, les faits provoqueraient donc un éveil axiologique<sup>31</sup> : leur présence fait surgir du spectre des valeurs potentiellement en cause et conflictuelles, une valeur dominante qui non seulement s'impose au juge en conscience mais qui simultanément teinte la perception, la sélection, l'interprétation et l'appréciation des faits eux-mêmes. Le jugement de valeurs – la résolution du conflit de valeurs – est en quelque sorte engendré dans sa rationalité interne : les faits, le spectre des valeurs, leur point de rattachement interagissent en raison. Cette rationalité, malgré son stade embryonnaire, est reconstituable par l'analyse du discours judiciaire, plus précisément par l'analyse de l'exposé des faits.

<sup>30</sup> C'est là toute la controverse entre l'universalisme et le contextualisme, entre l'absolutisme et le relativisme de la vérité : L. FERRY, *op. cit.*, note 20.

<sup>31</sup> Certains auteurs parleront de réflexe axiologique : Christophe GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1982.



## II. LE TRAITEMENT DES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

J'ai choisi, à des fins d'analyse, la question de l'avortement. Le Canada a traditionnellement traité de cette question au moyen du droit criminel. En 1969, le Parlement avait modifié le *Code criminel* : si l'avortement continuait d'être en soi prohibé, des avortements dits thérapeutiques pouvaient être pratiqués en toute impunité quand la grossesse mettait en danger la vie ou la santé de la mère. Ce moyen de défense spécifique était encadré par une stricte procédure<sup>32</sup>. La loi fixait donc une norme, une norme souple et maniable selon certains<sup>33</sup>, imprécise selon d'autres<sup>34</sup>, à tout le moins indéterminée, « déformalisée », dont l'application était confiée à une institution scientifique, un comité médical formé par le conseil d'un hôpital accrédité ou approuvé : le législateur renvoyait ainsi à la société la détermination pratique de son sens, caractéristique juridique d'un État social qui s'en remettait souvent au « rationalisme scientifique » pour fixer certains contenus normatifs<sup>35</sup>. S'ajoutait une procédure de contrôle : la protection de la vie du fœtus était assurée par l'exigence d'une opinion médicale indépendante issue d'un comité formé d'au moins trois médecins qualifiés, autres que le médecin traitant ; la sécurité des femmes enceintes était assurée par l'obligation qu'avait le médecin traitant d'être dûment qualifié et de procurer des avortements dans un hôpital accrédité ou approuvé. Prohibition et moyen de défense, norme et procédure contribuent à la résolution législative du conflit de valeurs.

La conformité de cette disposition législative avec la Charte a été soulevée dans l'affaire *Morgentaler*<sup>36</sup> : cette contestation judiciaire a alimenté le débat public des années 80 sur cette question<sup>37</sup>. On se rappellera que cette affaire est née d'une accusation

<sup>32</sup> Art. 251 (4) C. cr.

<sup>33</sup> *Morgentaler*, précité, note 4, 107 (j. Beetz) et 153 et 154 (j. McIntyre).

<sup>34</sup> *Id.*, 68 et 69 (j. Dickson).

<sup>35</sup> Jacque LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994, p. 8.

<sup>36</sup> *Morgentaler*, précité, note 4.

<sup>37</sup> Deux autres affaires sont venues compléter la trilogie de l'avortement à la même période. L'arrêt Borowski a été rendu presque simultanément : monsieur



## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

de complot d'avortement : elle fut réglée en Cour suprême sur une question préliminaire, la Cour déclarant inopérante la disposition législative criminalisant l'avortement parce que contraire aux droits fondamentaux des femmes garantis par l'article 7 de la Charte<sup>38</sup>.

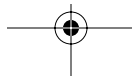
Que cette question soulève des valeurs et que ces valeurs soient conflictuelles ne fait pas de doute : vie et sécurité de la mère et du fœtus, liberté des femmes, intérêt de la collectivité dans la survie et l'intégrité de ses membres. Du reste, les personnes, les sociétés ont au fil du temps résolu ce conflit de diverses manières, résolution toujours temporaire, toujours rediscutée<sup>39</sup>. La Cour suprême n'y a pas échappé, les juges étant grandement divisés tant par la décision que par les motifs<sup>40</sup>.

Borowski contestait l'art. 251 (4) C. cr. au regard de la même garantie constitutionnelle, mais sur la base du droit à la vie des fœtus, recherchant ainsi l'abrogation du moyen de défense prévu par le Code criminel ; la Cour suprême, tout en reconnaissant à tout contribuable la qualité pour contester la constitutionnalité d'une loi en vertu de l'article 52(1) de la Charte, jugea la question théorique compte tenu de l'arrêt *Morgentaler* qu'elle venait de rendre (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. L'arrêt *Daigle-Tremblay* a également été rendu à la même période. Cette affaire mettait en cause des parties privées dans une procédure civile : une requête en injonction interlocutoire demandée par le père géniteur d'un fœtus visait à empêcher son ex-conjointe d'avorter. Malgré les prétentions des procureurs du requérant, la Cour a disposé du litige sur la base du droit civil québécois, refusant les arguments fondés sur la Charte canadienne (*Daigle c. Tremblay*, [1989] 2 R.C.S. 530).

<sup>38</sup> Art. 7 : Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

<sup>39</sup> Patricia A. WRIGHT, « The Right to Parenthood », (1979) 2 *F.L.R.* 173 ; Kristin LUKER, *Abortions and the Politics of Motherhood*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1984 ; Ann COLLINS, *L'avortement au Canada – L'inéluctable question*, Montréal, Éditions du Remue-Ménage, 1987 ; Rebeca J. COOK et Bernard J. DICKENS, *La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth*, Genève, O.M.S., 1979 ; Bartha M. KNOPPERS et Isabelle BRAULT, *La loi et l'avortement dans les pays francophones*, Montréal, Éditions Thémis, 1989.

<sup>40</sup> Quatre opinions distinctes dans l'arrêt *Morgentaler* rendu par la Cour suprême qui siégeait à sept juges.



Le docteur Morgentaler demande que la disposition législative soit rendue totalement inopérante parce que contraire aux droits des femmes, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne. Le médecin propose donc le transfert du pouvoir décisionnel des sphères sociale et institutionnelle où la loi le logeait vers la sphère strictement individuelle. Des données factuelles venaient soutenir cette contestation axiologique, des témoignages d'experts mais surtout des études scientifiques, sociales ou médicales<sup>41</sup>, plus particulièrement des données recueillies par des commissions d'enquête sur l'application et l'administration du paragraphe 251(4) C.cr. : le *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement*<sup>42</sup> et le *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario*<sup>43</sup>. Ces rapports qui concluaient à l'application inéquitable de la loi exposaient, à titre d'exemples, les données suivantes : la rareté d'hôpitaux dotés de comité de l'avortement thérapeutique dans plusieurs régions du Canada, soit parce qu'ils ne répondaient pas aux exigences de la loi<sup>44</sup>, soit parce que les con-

<sup>41</sup> À titre d'exemples : STATISTIQUE CANADA, *Avortements thérapeutiques*, 1982, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1984 ; STATISTIQUE CANADA, *Avortements thérapeutiques*, 1985, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1986 ; Willard CATES JR. and David A. GRIMES, « Deaths from Second Trimester Abortion by Dilatation and Evacuation : Causes, Prevention, Facilities », (1981) 58 *Obstetrics and Gynecology* 401 ; Carl W. TYLER Jr., Willard CATES Jr., Kenneth F. SCHULZ, Richard M. SELIK et J.C. SMITH, « Second Trimester Induced Abortion in the United States », dans Garry S. BERGER, William F. BRENNER and Louis KEITH (dir.), *Second Trimester Abortion : Perspectives After a Decade of Experience*, Boston, PSG Pub., 1981.

<sup>42</sup> Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1977 [ci-après : rapport Badgley].

<sup>43</sup> Toronto, Ministry of Health, 1987 [ci-après : rapport Powell].

<sup>44</sup> La loi exigeait que le comité d'avortement thérapeutique soit formé de trois médecins à l'exclusion des médecins qui pratiquent des avortements : l'hôpital devait donc avoir un corps médical d'au moins quatre médecins dont trois acceptaient d'être membres du comité sans pratiquer d'avortements et dont le quatrième était d'accord pour pratiquer des avortements. La loi exigeait également que l'hôpital où l'on pratiquait des avortements soit accrédité ou approuvé : certains hôpitaux ne répondaient pas à ces exigences d'accréditation parce qu'ils ne jouissaient pas de tous les services requis ou

## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

seils d'administration refusaient de former un comité, soit parce que *de facto* on n'y pratiquait pas d'avortement ; le contingentement des services d'avortement, soit en nombre absolu ou soit selon le lieu de résidence des patientes, dans des hôpitaux par ailleurs opérationnels ; la disparité dans la composition des comités d'avortement thérapeutique<sup>45</sup> et dans l'application du critère d'obtention d'un avortement selon les comités<sup>46</sup>. Selon les accusés, il ressortait de ces données que les services d'avortement étaient insuffisants et inégalement répartis sur le territoire canadien, ce qui causait des délais pour l'obtention d'avortements thérapeutiques : tout délai ayant un effet direct sur le choix des techniques chirurgicales qui varient selon les étapes de la grossesse, les autorités médicales s'entendaient pour affirmer qu'un avortement pratiqué tardivement est physiquement plus dangereux et psychologiquement plus traumatisant, bref que tout délai aggrave les risques liés à cette intervention. Il résultait de cette équation que tout délai dans l'obtention d'un avortement présente un danger additionnel pour les femmes enceintes.

Le docteur Morgentaler est en demande de changement axiologique, mais il en est autrement du procureur général, qui défend la validité de la loi et tend à garder intacte la résolution législative du conflit, cela au nom des valeurs démocratiques<sup>47</sup>.

La séparation des pouvoirs publics, l'exercice légitime de leurs fonctions respectives et exclusives, dessine la structure du système politico-juridique d'une société démocratique auquel s'apparente des valeurs essentielles à sa survie et à la sauvegarde de son intégrité : des valeurs structurelles et institutionnelles, comme le

---

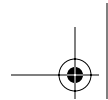
d'approbation parce que la réglementation provinciale exigeait un nombre minimum de lits ou de médecins.

<sup>45</sup> Certains comités étaient formés d'un plus grand nombre de médecins que ce qu'exigeait la loi : la difficulté à les réunir pouvait provoquer des retards dans l'obtention des services.

<sup>46</sup> Certains comités d'avortement thérapeutique exigeaient, par exemple, le consentement du conjoint ou encore refusaient catégoriquement un second avortement quelles qu'en soient les raisons ou encore refusaient tout avortement aux femmes mariées.

<sup>47</sup> *Morgentaler*, précité, note 4, p. 45.





respect de la souveraineté parlementaire ou de l'indépendance des tribunaux, qui agissent comme rempart au libre jeu des forces sociales et des intérêts sectoriels. Dans l'affaire *Morgentaler*, le procureur général n'a pas nié les données factuelles présentées par l'autre partie, ni ne les a contrées par une preuve contraire, il a plutôt plaidé leur impertinence en la matière, leur absence de lien avec la loi contestée<sup>48</sup>.

Les valeurs soulevées – liberté, vie, sécurité de la personne, démocratie – sont posées comme conflictuelles et appellent une méthode de résolution. Or, aux dires mêmes du juge en chef Dickson, le Parlement avait déjà établi un « équilibre particulier »<sup>49</sup> entre les intérêts du fœtus et ceux des femmes. D'après les juges Wilson<sup>50</sup> et McIntyre<sup>51</sup>, l'objectif premier de la disposition législative était la protection du fœtus, alors que la protection de la vie et de la santé des femmes en constituait l'objectif secondaire. Pour le juge Beetz, « le Parlement a reconnu que l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus, lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme enceinte »<sup>52</sup>. C'est cette méthode particulière de résolution du conflit de valeurs que le docteur Morgentaler remet en question.

Certains juges ont refusé le changement axiologique proposé et ont maintenu la validité constitutionnelle de la loi (juges McIntyre et La Forest), d'autres l'ont accueilli et ont déclaré la disposition inopérante (juges Wilson, Dickson, Lamer, Beetz et Estey). Or, tous ces juges ont été mis en présence des mêmes faits et ont entendu les mêmes arguments sur les choix axiologiques ; ils appartiennent à la même société civile et participent au même système juridique. Leurs jugements de valeur, dont nous avons posé la rationalité, dif-

---

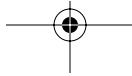
<sup>48</sup> *Id.*, 61-71.

<sup>49</sup> *Id.*, 74.

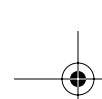
<sup>50</sup> *Id.*, 181.

<sup>51</sup> *Id.*, 134.

<sup>52</sup> *Id.*, 85.







## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

fèrent comme la réception et l'interprétation qu'ils ont accordées aux faits.

Nous avons déjà fait état des données ainsi soumises par les parties : qu'en est-il cependant de leur statut ? En argumentation, rappelons-le, accorder le statut de fait suppose l'accord universel sur sa réalité<sup>53</sup>, une réalité objective qui s'impose à tous et sur laquelle aucune autorité n'a de pouvoir<sup>54</sup>, d'où la portée argumentative supérieure de cet objet d'accord<sup>55</sup>. En droit, le statut de fait répond de conditions de réception circonscrites par les règles de la preuve. Les données soumises, dans les affaires constitutionnelles, seraient donc à mi-chemin entre les faits purement argumentatifs et les faits juridiquement prouvés. Suivant la fonction que les juges leur assignent, elles serviront d'assises à l'argumentation dont les seules conclusions s'inscriront alors dans le raisonnement judiciaire ou seront transmutes en faits juridiques, en éléments de preuve qui agiront, à ce titre, dans la structure syllogistique.

Ces données, le statut qui leur est attribué, leur réception et interprétation comme leur rejet ou leur ignorance, mis en rapport interactif avec les valeurs auxquelles les juges se montrent spontanément sensibles et les éléments constitutifs de la disposition législative contestée (interdit – norme – procédure) participent à la rationalité du jugement de valeurs.

### A. Liberté et ignorance des faits/Démocratie et sélection des faits

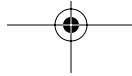
La liberté et la démocratie sont les valeurs constitutionnelles invoquées par les juges qui discutent du bien-fondé de l'interdit criminel, de la prohibition de l'avortement.

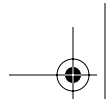
La juge Wilson pose d'entrée de jeu que la Cour doit s'attaquer à la question fondamentale, à savoir le droit du législateur de forcer

<sup>53</sup> C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 16, p. 90.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 420.

<sup>55</sup> *Id.*, p. 89 à 93.





une femme à mener sa grossesse à terme contre sa volonté<sup>56</sup> : elle exprime une sensibilité axiologique très vive à l'égard de la liberté. Cette valeur se heurte de plein fouet à l'interdit criminel :

Si le droit à la liberté, le droit à la sécurité de la personne ou une combinaison des deux confèrent à la femme enceinte le droit de décider elle-même (sur les conseils de son médecin) d'avoir ou non un avortement, il nous faut alors examiner la structure législative non seulement du point de vue de la justice fondamentale quant à la procédure mais aussi quant au fond.<sup>57</sup>

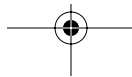
Aucun fait ne provoque cette sensibilité : la juge ignore totalement les données transmises à la Cour. Cet éveil semble au contraire surgir d'une conviction intime, profonde, voire absolue de la spécificité de la nature humaine, de sa dignité et du respect essentiel à la sauvegarde de son intégrité. Inhérente par nature, il n'en reste pas moins que la reconnaissance de l'inviolabilité de la dignité humaine est un fait de civilisation qui s'inscrit dans « l'histoire du combat pour les droits de la personne, du dix-huitième siècle à aujourd'hui, [...] l'histoire des hommes qui ont lutté pour affirmer leur dignité et leur commune humanité contre un appareil d'État autoritaire »<sup>58</sup>. Au cœur des garanties constitutionnelles fondamentales, la dignité humaine circonscrit les rapports des individus à la collectivité, à la société, à l'État et donc au droit. Selon la juge :

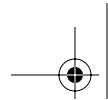
La *Charte* est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société. Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. L'individu est un peu des deux. La *Charte* exprime cette réalité en laissant un vaste champ d'activités et de décisions au contrôle légitime du gouvernement, tout en fixant des bornes à l'étendue appropriée de ce contrôle. Ainsi, les droits garantis par la *Charte* érigent autour

<sup>56</sup> *Morgentaler*, précité, note 4, 161-162.

<sup>57</sup> *Id.*, 163.

<sup>58</sup> *Id.*, 172.





## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir.<sup>59</sup>

La dignité humaine, principe fondateur de la Charte, exige l'établissement d'une sphère privée où s'exerce la liberté individuelle : la décision d'interrompre une grossesse est inscrite dans cette sphère d'autonomie personnelle, parce qu'elle « reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général »<sup>60</sup> et échappe de ce fait au contrôle de la collectivité et de ses institutions. La dignité humaine impose de surcroît la plus complète égalité de tous les individus, égalité qui tient compte de leurs caractéristiques profondes dont le sexe. Étant donné le rôle particulier des femmes dans la reproduction humaine, toute décision de mener ou non une grossesse à terme doit lui appartenir exclusivement car elle est seule en mesure d'évaluer un tel dilemme<sup>61</sup> : la reconnaissance sociale de ce pouvoir décisionnel s'insère elle-même dans la lutte globale des femmes contre la discrimination sexuelle, combat qui ressort du même fait de civilisation que la consécration des droits fondamentaux de la personne.

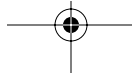
Si l'avortement relève du pouvoir décisionnel individuel, exercé en pleine égalité, s'il s'inscrit dans la sphère privée d'autonomie essentielle au respect de la dignité humaine, qu'est-il besoin de statistiques, de données médicales ou sociologiques ? La liberté individuelle impose en quelque sorte le silence de la société, de l'État et du droit sur des choix aussi personnels : à défaut, la femme enceinte serait « littéralement traitée comme un moyen, un moyen pour une fin qu'elle ne désire pas et qu'elle ne contrôle pas »<sup>62</sup>. Interpellation de l'impératif catégorique qui donne la mesure de l'intangibilité de cette valeur, d'autant que la juge l'assortit également à la liberté de conscience : l'enceinte, ainsi fortifiée, se ferme hermétiquement autour de la sphère privée. Pour elle, « la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision

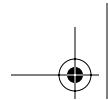
<sup>59</sup> *Id.*, 164.

<sup>60</sup> *Id.* 171.

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> *Id.*, 174.





morale, une question de conscience. Je ne pense pas qu'on le conteste ni ne puisse le contester. La question qui se pose est donc : quelle conscience ? La conscience de la femme doit-elle prévaloir sur la conscience de l'État ? »<sup>63</sup>. Cette question amorcée par une formule universalisante – « je ne pense pas qu'on le conteste ni ne puisse le contester » – trouve sa conclusion dans un essentialisme idéalisant :

[L]orsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. C'est nier la liberté de conscience à certains, les traiter comme un moyen pour une fin, les priver, selon le mot du professeur MacCormick, de l'« essence de leur humanité ». Est-ce compatible avec la justice fondamentale ?<sup>64</sup>

La juge Wilson donne à la liberté individuelle une saveur transcendante : cette valeur s'impose, d'emblée, sans autre forme de support que la conception qu'une société a de l'être humain, de la juste place que l'être individuel doit détenir au sein de la collectivité pour sauvegarder intégralement son essence générique. Les faits de société sont ainsi supplantés par les faits de civilisation, civilisation occidentale – berceau de l'humanisme transcendant – à laquelle participe *in se* la société canadienne : l'État et le droit doivent respecter ses fondements, en l'espèce transgressés par l'interdit criminel.

Le conflit de valeurs entre la protection de la vie du fœtus et la liberté des femmes, assise de la dignité humaine, sera résolu sur la base des stades de développement du fœtus : dans un continuum temporel, il est un moment charnière où la liberté doit céder le pas à la protection de la vie du fœtus<sup>65</sup>. Elle propose au législateur d'adopter une norme basée sur l'évolution de la grossesse, d'après

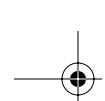
---

<sup>63</sup> *Id.*, 176.

<sup>64</sup> *Id.*, 179.

<sup>65</sup> *Id.*, 183.





## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

un critère fixé sur l'écoulement du temps, critère formaliste, calcul objectif du nombre de semaines, césure au cours du second trimestre :

Dans les premiers stades, l'autonomie de la femme serait absolue ; sa décision, prise en consultation avec son médecin, de ne pas mener le fœtus à terme serait décisive. L'État n'aurait pas à connaître ses raisons. Ses raisons d'avoir un avortement pourraient, à bon droit, faire l'objet d'une investigation dans les derniers stades de la grossesse, alors que l'intérêt supérieur qu'a l'État de protéger le fœtus justifierait l'imposition de conditions.<sup>66</sup>

Tant que la liberté est en cause, la société doit s'éclipser de la sphère individuelle, toutes autres valeurs étant suspendues : seul un critère objectif, mathématique, sans intervention ou appréciation sociale et étatique, ouvre un passage à la pondération externe et imposée des valeurs conflictuelles. La juge renvoie la question au Parlement, non sans lui avoir rappelé que le Canada est structuré par les paramètres d'une démocratie libérale : il faut limiter la tyrannie de la majorité au nom de la liberté individuelle, valeur dont les tribunaux sont les gardiens.

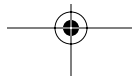
Pour de tout autres raisons, les juges dissidents dans l'affaire *Morgentaler* refusent de recevoir les données tirées des études scientifiques et des rapports d'enquêtes publiques, encore moins de leur attribuer le statut de faits :

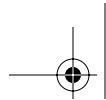
[L]e plus souvent, pour combattre le prestige de ce qui a été admis comme fait, l'interlocuteur ne se contentera pas d'une simple dénégation que l'on pourrait trouver tout bonnement ridicule. Il s'efforcera de justifier son attitude soit en montrant l'incompatibilité de l'énoncé avec d'autres faits, et en condamnant le premier au nom de la cohérence du réel, soit en montrant que le soi-disant fait ne constitue que la conclusion d'une argumentation, qui, comme telle, n'est pas contraignante.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 16, p. 91.





C'est en leur attribuant un caractère subjectif que le juge McIntyre rejette ces données :

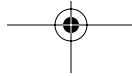
Il est évidemment difficile de réunir des éléments de preuve précis portant sur les questions soulevées en l'espèce et ces éléments de preuve feront l'objet d'une interprétation subjective en fonction de ceux qui les apportent. La majeure partie de la preuve volumineuse produite au procès concernait l'expérience ontarienne. On a produit en outre des textes sous la forme d'articles, de rapport et d'études sur lesquels on a demandé à la Cour de se fonder pour conclure que les possibilités d'obtenir un avortement n'étaient pas les mêmes partout au pays et qu'il pouvait en résulter un grand mécontentement. Tout en reconnaissant que, dans les affaires constitutionnelles, une plus grande latitude a été accordée en ce qui concerne la réception de tels documents, je préfère pour ce qui est d'examiner les questions de fait, m'appuyer principalement sur les dépositions faites sous serment au cours du procès.<sup>68</sup>

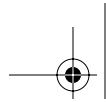
On voit déjà le corridor d'accès à la réalité s'étrécir sous la pression contraignante des règles de preuve propres au système juridique : le juge propose une autre série de faits, tout aussi externes au litige, mais qu'il présente comme plus réels par la seule présence des témoins assermentés devant la Cour. Il retient qu'en 1982, 31 379 avortements ont été pratiqués dans les 99 hôpitaux ontariens dotés d'un comité d'avortement thérapeutique, dont 16 706 dans la seule région de Toronto, que 1 187 demandes ont été acceptées contre 12 demandes rejetées par le comité d'un hôpital de Hamilton. Il constate enfin qu'aucune femme ou médecin traitant, de quelque région du Canada, ne sont venus témoigner d'un refus<sup>69</sup>. Il en conclut qu'on ne saurait prétendre, comme l'ont fait certains de ses collègues, que le moyen de défense créé par la loi est « illusoire ou pratiquement illusoire »<sup>70</sup>, que la loi est responsable, à différents degrés, d'iniquités à l'égard des femmes :

<sup>68</sup> *Morgentaler*, précité, note 4, 149.

<sup>69</sup> *Id.*, 150.

<sup>70</sup> *Id.*, 151-154.





## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

Ce mécanisme a été considéré comme suffisant pour traiter le type d'avortement envisagé par le législateur. Si, toutefois, comme l'indique la preuve, beaucoup plus de femmes demandaient des avortements pour un motif beaucoup plus large que celui envisagé par le législateur, tout système finirait peut-être par céder sous le poids de ce fardeau trop lourd. Il est révélateur que beaucoup de patientes des appelants ne satisfaisaient pas au critère établi et n'ont pas cherché à l'invoquer, et c'est là la raison pour laquelle elles ont été acceptées à la clinique des appelants. Le système a eu à répondre à une avalanche de demandes d'avortement dont certaines pouvaient remplir les conditions du par. 251(4), mais dont un grand nombre ne le pouvait pas.<sup>71</sup>

Les arguments de quantité, « beaucoup plus de femmes », « pour un motif beaucoup plus large », « fardeau trop lourd », « avalanches de demandes », « un grand nombre », se structurent en équations mathématiques qui, ajoutées aux données statistiques retenues plus tôt par le juge, heurtent, au même niveau d'argumentation, les données des juges de la majorité. Nous assistons ainsi à un déplacement de la causalité : les problèmes, s'il en est, ne viendraient pas de l'application de la loi mais de sa transgression, comme le font ouvertement le docteur Morgentaler et ses co-accusés :

[Le législateur] a tenté d'équilibrer les intérêts de l'enfant qui n'est pas encore né et ceux opposés de la femme enceinte. Du moment que sont respectées les dispositions du par. 251 (4), l'avortement peut être accompli sans que cela n'entraîne de sanction légale. Dans l'hypothèse contraire, l'avortement est considéré comme un acte socialement répréhensible, réprimé comme un crime.<sup>72</sup>

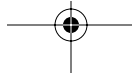
Pour remettre en question cet équilibre, il faudrait que la loi soit plus qu'une source de tensions et d'angoisse<sup>73</sup>, plus qu'une entrave aux seules priorités et aspirations des femmes<sup>74</sup>. Plus encore, le

<sup>71</sup> *Id.*, 155.

<sup>72</sup> *Id.*, 135.

<sup>73</sup> *Id.*, 146.

<sup>74</sup> *Id.*, 142.



test de la validité des lois ne s'applique qu'au regard d'intérêts constitutionnellement protégés, de manière expresse ou implicite, par la Charte : à défaut, toute loi porterait atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne. Or, tel n'est pas le cas du droit à l'avortement :

[L]e droit à l'avortement, compte tenu du texte, de la structure et de l'histoire de la *Charte* ainsi que de l'histoire, des traditions et des philosophies fondamentales de notre société, ne constitue pas un tel intérêt.<sup>75</sup>

Les faits auxquels le juge se montre sensible, l'interprétation qu'il leur donne – son efficacité en dehors de toute transgression – appuient à tous égards sa validité non pas à travers son juste équilibre des valeurs, mais plutôt à travers sa validité structurelle basée sur le pouvoir du Parlement fédéral de créer des infractions criminelles. Le juge McIntyre ne nie pas le conflit de valeurs que la question de l'avortement fait naître : une troisième valeur, la démocratie fondée sur la primauté du droit, la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire, serait compromise si les tribunaux se montraient trop interventionnistes et acceptaient de disposer de ce conflit en dehors d'indications constitutionnelles claires. Au nom de cette troisième valeur expressément constitutionnalisée, les tribunaux doivent se soumettre à la résolution législative du conflit :

Il ne faut pas que la décision de la Cour sur une question comme celle de l'avortement soit fonction du nombre de juges qui peuvent faire partie du camp « prochoix » ou « provie », car cela irait à l'encontre de principes solides et de la primauté du droit dont parle le préambule de la Charte, ce qui doit signifier qu'aucun pouvoir discrétionnaire, pas même celui des tribunaux n'est absolu.<sup>76</sup>

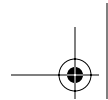
Les valeurs structurelles sont en quelque sorte le rempart contre les idéologies extrémistes<sup>77</sup> : il considère implicitement que les

<sup>75</sup> *Id.*, 148.

<sup>76</sup> *Id.*, 139.

<sup>77</sup> D'après le juge McIntyre, le législateur, en adoptant cette disposition, avait fait œuvre d'accommodation, de conciliation entre des intérêts divergents et il était en cela appuyé par la société : *id.*, 134 et 135.





## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

batailles de ce type doivent passer par les institutions politiques auxquelles ils semblent retourner les données externes accueillies par les juges de la majorité. La valeur déterminante est donc la démocratie, la démocratie républicaine : une fois que la société s'est exprimée au suffrage universel, le Parlement a le loisir d'adopter des politiques publiques selon sa conception de l'idéologie dominante, choix que les tribunaux doivent respecter.

### B. Sécurité de la personne et réception des faits

La sécurité de la personne est la valeur invoquée par les juges qui discutent du bien-fondé de la norme et de la procédure encadrant l'avortement thérapeutique.

Dans le prisme des valeurs soutenues par les parties et dont il a fait état<sup>78</sup>, le juge Dickson retient exclusivement la sécurité de la personne : cet éveil se présente moins comme un fait de conscience perméable à l'environnement global d'une civilisation d'appartenance que comme une tension contextuelle et formaliste entre le droit (principes généraux, garanties constitutionnelles et lois confondus) et la réalité. D'entrée de jeu, le juge inscrit cette valeur dans la tradition juridique – « Il est depuis longtemps admis en droit que le corps humain doit être protégé des ingérences des tiers »<sup>79</sup> – pour immédiatement la sceller dans les familles juridiques canadiennes – *common law* et droit civil – et ainsi conclure à son enchaînement constitutionnel :

La « sécurité de la personne », en d'autres termes, n'est pas une valeur étrangère à notre système juridique. Avec l'avènement de la Charte, la sécurité de la personne a été promue au rang de norme constitutionnelle.<sup>80</sup>

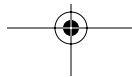
Le contenu de la norme constitutionnelle est fixé, comme schème de référence<sup>81</sup>, dans un style tout aussi formaliste – « les tribunaux

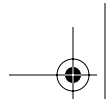
<sup>78</sup> *Id.*, 45, 51 et 54.

<sup>79</sup> *Id.*, 53.

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> Les sources du droit – lois et jurisprudence confondues – dont le juge fait état ont peu de rapports avec la question de l'avortement et ne pourraient





canadiens ont déjà eu à statuer [...] »<sup>82</sup> ; « La Cour a approuvé cette caractérisation [...] »<sup>83</sup> ; « la Cour a déjà jugé [...] »<sup>84</sup> – pour se circonscrire de façon globale et par voie de suppressions :

La jurisprudence m'amène à conclure que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.<sup>85</sup>

Ces suppressions peuvent paraître hâtives en début de raisonnement, n'étaient des données factuelles soumises par les parties à l'audition et qui peuvent avoir eu pour effet d'inverser la lognnette :

[J]e n'éprouve aucune difficulté à conclure que la somme encyclopédique produite par les avocats en l'espèce établit hors de tout doute que l'art. 251 du *Code criminel* constitue *prima facie* une atteinte à la sécurité de la personne de milliers de Canadiennes qui ont eu à prendre la difficile décision de ne pas mener une grossesse à terme.<sup>86</sup>

Ce court extrait permet d'induire que, d'une part, ces données ont présidé au choix spontané (*prima facie*) de la valeur retenue et que, d'autre part, elles sont judiciairement reçues (« la somme encyclopédique [...] établit »<sup>87</sup>) et sont concluantes (« hors de tout doute »). Ces données, externes au litige, deviennent donc des éléments de preuve<sup>88</sup> : celles soumises par le docteur Morgentaler font

---

donner lieu qu'à des analogies tronquées : elles établissent au mieux de grands principes directeurs.

<sup>82</sup> *Morgentaler*, précité, note 4, 54.

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> *Id.*, 55.

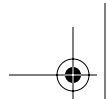
<sup>85</sup> *Id.*, 56.

<sup>86</sup> *Id.*

<sup>87</sup> En anglais : « the encyclopedic factual submissions [...] establish », *id.*

<sup>88</sup> *Id.*, 57, 58, 59 et 60.





## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

l'objet de tournures stylistiques amplifiantes<sup>89</sup> alors que, dans certains cas, le juge reprochera au ministère public de ne pas offrir la moindre preuve<sup>90</sup> ou de tenter de les contrer à partir d'arguments spécieux<sup>91</sup>. Le poids de la preuve favorise nettement le docteur Morgentaler et les valeurs qu'il soutient.

Plus important encore, ces données – maintenant nimbées du statut de faits – participeront, par la voix du juge, à la fixation contextualisée du contenu de la valeur, à la codétermination du sens de la norme<sup>92</sup> constitutionnelle :

Au niveau physique et émotionnel le plus fondamental, chaque femme enceinte se fait dire par cet article [art. 251, C.cr.] qu'elle ne peut subir une intervention médicale, généralement sans danger, qui pourrait manifestement être à son avantage, à moins qu'elle ne satisfasse à des critères totalement sans rapport avec ses propres priorités et aspirations. Non seulement en privant les femmes du pouvoir de décision, on les menace physiquement ; en outre, l'incertitude qui plane sur le point de savoir si l'avortement sera accordé inflige une tension émotionnelle. L'article 251 porte clairement atteinte à l'intégrité corporelle, tant physique qu'émotionnelle d'une femme. Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener un fœtus à terme à moins qu'elle ne satisfasse à des critères sans rapport avec ses propres priorités et aspirations est une ingérence grave à l'égard de son corps et donc une violation de la sécurité de sa personne.<sup>93</sup>

Le contrôle du pouvoir décisionnel – « à moins qu'elle ne satisfasse à des critères totalement sans rapport avec ses propres priorités et aspirations » – constitue le point d'ancrage de l'énoncé, auquel viennent se rattacher, par voie de conséquence, la menace physique et la tension émotionnelle. La sécurité de la personne

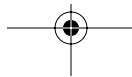
<sup>89</sup> Des expressions telles : « somme encyclopédique » (*id.*, 56) ; « myriade de mémoires » (*id.*, 65) ; « mine de renseignements » (*id.*, 65).

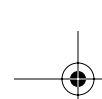
<sup>90</sup> *Id.*, 68.

<sup>91</sup> *Id.*, 62.

<sup>92</sup> Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, op. cit., note 2.

<sup>93</sup> *Morgentaler*, précité, note 4, 56 et 57.





inclut donc une sphère d'autonomie personnelle dès qu'il s'agit de son intégrité physique et mentale : cette définition intensionnelle est récurrente dans le raisonnement<sup>94</sup>. On comprend dès lors que la norme d'impunité et la procédure de contrôle sont remises en question emportant dans leur sillage la méthode législative de résolution du conflit entre la protection de la vie du fœtus et la sécurité des femmes enceintes.

Pouvoir décisionnel, menace physique et tension psychologique, ces trois éléments cohabitent intimement avec l'énoncé des faits :

La preuve indique que l'art. 251 est cause d'un certain retard pour les femmes qui satisfont à ses critères. Dans le contexte de l'avortement, tout retard inutile peut avoir de profondes répercussions sur le bien-être physique et émotionnel d'une femme.<sup>95</sup>

Les délais « considérables » d'obtention d'un avortement thérapeutique dans les hôpitaux canadiens<sup>96</sup> et la « preuve non contredite » des « conséquences dévastatrices »<sup>97</sup> qu'ils ont sur la santé des femmes amènent le juge à conclure « que tout retard à obtenir un avortement thérapeutique, en raison de la procédure imposée par l'art. 251, est une atteinte à l'aspect purement physique du droit de chacun à la sécurité de sa personne »<sup>98</sup>. Également, « [i]l ressort de la preuve que l'art. 251 porte atteinte à l'intégrité psychologique des femmes voulant un avortement »<sup>99</sup> : encore là, les délais d'obtention d'un avortement<sup>100</sup> liés à l'incertitude d'une décision externe<sup>101</sup>

<sup>94</sup> *Id.*, 56, 57, 63 et 76.

<sup>95</sup> *Id.*, 57.

<sup>96</sup> La preuve de ces délais est tirée par le juge du rapport Badgley (*id.*, 57), du rapport Powell (*id.*, 58), du témoignage du président de la Corporation professionnelle des médecins du Québec (*id.*).

<sup>97</sup> *Id.* ; la preuve de ces conséquences est tirée par le juge de la littérature scientifique américaine (*id.*, 58 et 59) et du rapport Powell (*id.*, 59).

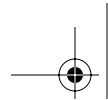
<sup>98</sup> *Id.*

<sup>99</sup> *Id.*, 60.

<sup>100</sup> Rapport Powell (*id.*, 60).

<sup>101</sup> Témoignage du docteur Henry David, témoin expert (*id.*)





## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

augmentent la tension psychologique de cette démarche, d'autant qu'ils accroissent les risques d'une intervention tardive<sup>102</sup>, si bien que plusieurs femmes choisiront de se rendre aux États-Unis où les politiques sont moins rigoureuses<sup>103</sup>. Aux arguments du ministère public qui prétendait que les « lenteurs administratives » et les difficultés pratiques ne sauraient entrer en ligne de compte puisque « seuls les éléments de preuve portant sur l'objet de la loi sont pertinents »<sup>104</sup> au test de la validité constitutionnelle d'une loi au regard de la Charte, le juge répond qu'ils sont spécieux : « la preuve démontre que le système établi par l'article pour obtenir un certificat de l'avortement thérapeutique crée inévitablement des délais importants [... et ces] délais résultent de la lourdeur du mécanisme prévu à l'art 251 lui-même »<sup>105</sup>, éléments qui donnent aux tribunaux le pouvoir d'agir « lorsqu'un droit aussi fondamental que la sécurité de la personne est enfreint par la procédure et les structures administratives »<sup>106</sup>.

Non seulement les faits démontrent-ils que la disposition législative porte atteinte à la sécurité de la personne, mais plus encore mettent en lumière que la pondération des valeurs protégées par le Parlement, telle qu'établie à travers les mécanismes de contrôle du droit criminel, menace l'une d'elles au point de remettre en cause les voies législatives de résolution du conflit de valeurs engendré par cette question. L'obligation de ne pratiquer d'avortements que dans des hôpitaux accrédités ou approuvés – imposée pour assurer aux femmes des services médicaux de qualité et ainsi veiller à leur plus grande sécurité – a pour effet de limiter, sinon supprimer dans bien des cas, l'accès aux services en diminuant le nombre d'éta-

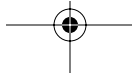
<sup>102</sup> Statistique Canada et rapport Powell (*id.*, 61).

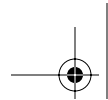
<sup>103</sup> Témoignage du docteur Jane Hodgson, directrice médicale du Women's Health Center de Duluth au Minnesota, témoignage qualifié par le juge des plus impressionnant qui mettait en évidence la cruauté des politiques canadiennes (*id.*, p. 60 et 61).

<sup>104</sup> *Id.*, 61.

<sup>105</sup> *Id.*, 62.

<sup>106</sup> *Id.*





blissements hospitaliers susceptibles de les offrir<sup>107</sup>. Par ailleurs, les critères pour la formation des comités de l'avortement thérapeutique, assurance d'une opinion médicale indépendante prévue pour protéger le droit à la vie des fœtus, entraînent une grave pénurie de ressources médicales<sup>108</sup> et mettent de ce fait en péril la sécurité des femmes enceintes, valeur consacrée par l'adoption du moyen spécifique de défense au crime d'avortement, dès lors devenu illusoire<sup>109</sup>. Plus encore, selon le juge Dickson, la norme d'impunité est appliquée de façon tellement arbitraire par les autorités médicales canadiennes<sup>110</sup> qu'il faut conclure à son imprécision :

Il n'y a pas la moindre preuve que les comités de l'avortement thérapeutique appliquent généralement la définition de l'organisation mondiale de la santé. [...] Plusieurs médecins sont venus témoigner au procès, à titre d'expert, pour dire que les comités de l'avortement thérapeutique appliquent des définitions fort différentes de la santé. [...] Il n'est en général pas possible que les femmes sachent à l'avance quelle norme de santé un comité donné appliquera.<sup>111</sup>

Le juge conclut à « l'absence de norme adéquate »<sup>112</sup> :

Il ne sert à rien de dire que le terme « santé » est un terme médical et que les médecins qui siègent aux comités de l'avortement thérapeutique ne font qu'exercer leur jugement professionnel.

<sup>107</sup> Le rapport Badgley établissait que 58,5 % des hôpitaux n'avaient pas les caractéristiques requises pour former un comité de l'avortement thérapeutique (*id.*, 66). Selon Statistique Canada, le nombre d'hôpitaux qui pratiquaient des avortements avait diminué avec les années (*id.*, 67). Le rapport Powell révélait que la province de l'Ontario avait augmenté ses exigences d'approbation et diminué d'autant les services d'avortement (*id.*).

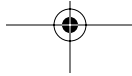
<sup>108</sup> Le rapport Badgley démontrait qu'il était ainsi impossible d'obtenir des services d'avortements thérapeutiques dans près du quart des hôpitaux au Canada (*id.*, 66 et 67).

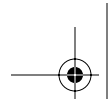
<sup>109</sup> *Id.*, 67.

<sup>110</sup> Rapport Badgley et témoignage de plusieurs médecins à titre d'experts (*id.*, 68 et 69).

<sup>111</sup> *Id.*, 68 et 69.

<sup>112</sup> *Id.*, 68.





## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

Un comité de l'avortement thérapeutique est un hybride étrange, en partie comité médical et en partie comité légal. [...] Lorsque la décision du comité de l'avortement thérapeutique a des conséquences juridiques aussi directes, l'absence de norme légale claire à appliquer par le comité pour arriver à sa décision constitue un vice de procédure grave.<sup>113</sup>

L'indétermination de la norme, espace vacant laissé par le législateur à la société, en théorie au rationalisme scientifique mais en pratique aux institutions médicales, pose, d'après le juge Dickson, un grave problème juridique au regard de la sécurité de la personne. Ce sont les faits qui, en démontrant l'échec du processus, provoquent le retour du formalisme caractéristique du droit libéral classique où « la loi avait pour fonction d'établir des bornes claires et fixes qui permettaient aux individus, garantis dans leur liberté et leur égalité formelles, de poursuivre la maximisation de leurs intérêts individuels »<sup>114</sup>.

Les faits créent l'onde de choc qui dévoile en même temps la menace, la valeur menacée et ses paramètres. Ils donnent l'image d'une société où règne l'arbitraire au point de la rendre cruelle envers les femmes enceintes, mais ce n'est qu'en plaçant la sécurité de la personne – valeur posée comme juridiquement intégrée et constitutionnellement enchâssée – au regard de ces mêmes faits que le juge noue le lien de causalité entre loi et faits : la valeur surgit des faits, laquelle en retour force les conclusions que le juge en tire. Rationalité circulaire des valeurs immanentes.

En effet, la société est incontestablement le point de rattachement retenu par le juge tant à l'égard de la question globale de l'avortement que de la loi contestée, des faits accueillis en preuve que de la valeur qu'ils soulèvent. Le juge Dickson affirme qu'au Canada la question de l'avortement soulève un « débat public animé et constant »<sup>115</sup>, débat « vigoureux et sain »<sup>116</sup>, mais dont les contradic-

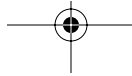
---

<sup>113</sup> *Id.*, 69.

<sup>114</sup> J. LENOBLE, *op.cit.*, note 35, p. 7.

<sup>115</sup> *Morgentaler*, précité, note 4, 45.

<sup>116</sup> *Id.*, 46.



tions ne sauraient être conciliées par la Cour<sup>117</sup>. Le conflit de valeurs que cette question engendre n'a reçu ni solution universelle ni solution commune à une civilisation donnée : « Tant les tribunaux que les législateurs, dans d'autres sociétés démocratiques, sont arrivés à des solutions entièrement contradictoires lorsqu'il leur a été demandé de soupeser les valeurs que la question de l'avortement oppose »<sup>118</sup>. Les choix législatifs sont interreliés aux tendances sociales : le droit, d'une part, reflète la tendance dominante de la société – le point de vue contemporain étant que l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible<sup>119</sup> – d'autre part, endigue les tendances minoritaires : « Lorsqu'un moyen de défense est prévu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de défense conçu spécifiquement pour une accusation particulière, c'est parce que le législateur a jugé que la désapprobation de la société n'est pas justifiée lorsque les conditions de ce moyen de défense sont remplies »<sup>120</sup>. Ceci étant, toute méthode législative pour résoudre ce conflit de valeurs est culturelle, contextuelle et ponctuelle : au Canada, « [l]'article 251 prescrit que les intérêts du fœtus ne doivent pas être protégés lorsque "la vie ou la santé" de la femme est en danger. Le Parlement a donc lui-même expressément déclaré que "la vie ou la santé" des femmes enceintes l'emporte »<sup>121</sup>. Cet équilibre des « intérêts en concurrence », « la vie et la santé des femmes étant un facteur majeur » est mis en échec : les faits démontrent « que la structure lourde du par. (4), non seulement assujettit indûment les femmes enceintes en vertu de l'art. 7, mais peut aussi mettre en échec la valeur que le Parlement lui-même a établie comme la plus importante, soit la vie et la santé des femmes enceintes »<sup>122</sup>.

Le jugement de valeurs, valeurs strictement immanentes, s'ancre profondément dans la société : des faits sociaux scientifiquement

<sup>117</sup> *Id.*

<sup>118</sup> *Id.*

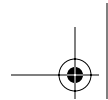
<sup>119</sup> *Id.*, 75.

<sup>120</sup> *Id.*, 70.

<sup>121</sup> *Id.*, 74.

<sup>122</sup> *Id.*, 75 et 76.





# LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

observés dévoilent l'entropie créée par l'application d'une norme juridique indéterminée, au point de dénaturer les valeurs sociales dominantes qu'elle sous-tendait. Contrairement à la juge Wilson, le juge Dickson ne propose pas un nouvel équilibre mais s'en remet au Parlement, donc aux jeux des forces sociales, pour établir une norme pondératrice, « juste et non arbitraire »<sup>123</sup>.

Le juge Beetz fait une analyse encore plus élaborée des faits externes. Il prend en compte que l'obligation créée par la loi de ne pratiquer d'avortement que dans des hôpitaux accrédités ou approuvés, d'exiger que le comité d'avortement thérapeutique soit constitué par l'hôpital où sont pratiqués les avortements et soit formé d'un nombre minimal de médecins ne pratiquant pas d'avortements, sont des rouages qui rendent la loi responsable de délais inutiles et de risques médicaux additionnels<sup>124</sup> pour les femmes : le fait que la loi empêche une femme d'obtenir un traitement médical efficace en temps opportun constitue une atteinte à la sécurité de sa personne<sup>125</sup>. Cependant, le fait de devoir obtenir une opinion médicale indépendante selon un critère fixé par la loi est une exigence qui entraîne peut-être un certain délai, mais un délai utile pour préserver l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus<sup>126</sup>. Que certains comités dénaturent ce critère constitue un abus de pouvoir qui n'est pas, selon lui, imputable à la loi<sup>127</sup>, alors que le juge Dickson interprétait ces faits comme résultant de l'imprécision du critère qu'il a finalement qualifié de vice de procédure grave<sup>128</sup>. Le désaccord des deux juges va plus loin encore : le juge Beetz considère que la protection de la vie du fœtus a préséance tant que la sécurité physique et psychologique de la mère n'est pas en cause. Les intérêts du fœtus ne sauraient être protégés que par une opinion médicale indépendante distincte de celle de la femme

<sup>123</sup> *Id.*, 76.

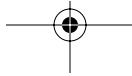
<sup>124</sup> *Id.*, 92.

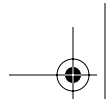
<sup>125</sup> *Id.*, 90.

<sup>126</sup> *Id.*, 110 et 111.

<sup>127</sup> *Id.*, 107 et 108.

<sup>128</sup> *Id.*, 69.





enceinte et de son médecin traitant<sup>129</sup> et toute son analyse de la procédure législative en tiendra compte. Selon lui, une loi qui retiendrait les stades de développement du fœtus n'exclurait pas cette obligation : serait acceptable une gradation du critère exigeant une menace plus importante à la vie ou à la santé des femmes dans les derniers stades de la grossesse<sup>130</sup>. Le conflit de valeurs se résout selon une hiérarchie constante appuyée par la qualification des faits en délais utiles et inutiles.

Les deux juges concluent à l'invalidité constitutionnelle du par. 251(4), C.cr. : cependant leur qualification juridique respective des faits les distingue. Le juge Beetz se dit d'accord avec l'obligation d'obtenir une opinion médicale indépendante sur la base d'un critère socialement défini par les membres d'une communauté scientifique<sup>131</sup>. Le juge Dickson, au contraire, considère que ce critère doit être légalement défini par le Parlement à travers une norme formaliste. Ce sont dès lors deux conceptions du droit et de l'État qui s'affirment : des normes indéterminées, « déformalisées », dans un État social qui s'en remet au « rationalisme scientifique »<sup>132</sup> pour fixer leur contenu, par opposition à des normes formalistes fortement déterminées dans un État libéral qui s'en remet, pour le reste, à la « rationalité des sujets libres et égaux »<sup>133</sup>. Cette opposition se manifeste également dans le point de rattachement des valeurs en cause : ou la protection de la vie des fœtus et de la sécurité des femmes enceintes sont des valeurs de la société, des valeurs immanentes susceptibles donc d'accommodations au gré de la volonté sociale, au gré des connaissances et des techniques scientifiques, par exemple ; ou elles sont des valeurs liées à la nature humaine, des valeurs transcendantes dont le respect suppose des limitations minimales à travers des critères formalistes et objectifs.

---

<sup>129</sup> *Id.*, 112.

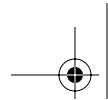
<sup>130</sup> *Id.*, 127 et 128.

<sup>131</sup> *Id.*, 107.

<sup>132</sup> J. LENOBLE, *op. cit.*, note 35, p. 8.

<sup>133</sup> *Id.*, p. 7.





## LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS

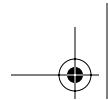
### CONCLUSION

Devant la Cour suprême, les faits sont figés dans l'écrit (preuve documentaire, transcription des témoignages) : les juges y ont accès sans l'inévitable distorsion créée par la présence du témoin, sa personnalité, sa crédibilité. Malgré cela, ils n'atteignent pas la stabilité objective que le positivisme scientifique postule ; ils sont perçus, interprétés, soupesés à travers un filtre tissé par les enjeux de l'affaire. Dans les jugements de valeurs, ils sont encore plus sensibles à l'irradiation que certains qualifient d'idéologique. Cette coloration n'est pas pour autant arbitraire.

Il ressort de cette analyse que les éléments de réalité n'ont aucune prise sur les jugements de valeurs quand ils sont mis en rapport avec des valeurs transcendantes : ces valeurs, liées à la nature humaine, doivent protéger les individus contre les interventions arbitraires de la société et ne doivent être limitées que dans l'intérêt général par des normes objectives. Le jugement s'exerce alors dans un espace hermétiquement clos, insensible à l'environnement social et à la facticité, où le raisonnement s'articule par un mécanisme d'inclusions conceptuelles, d'inclusions transitives. La liberté individuelle comprend une sphère privée à l'intérieur de laquelle il existe une zone d'autonomie qui comporte le pouvoir de décider pour soi, par exemple de recourir à l'avortement. Cette zone d'autonomie inclut le sous-ensemble des valeurs démocratiques qui déterminent formellement son étendue, limitée dès lors par les exigences de la vie en société, mais sans jamais la recouvrir complètement puisqu'elle est protégée substantiellement par la Charte et institutionnellement par les tribunaux contre les intrusions de la majorité et de ses représentants politiques.

Les valeurs structurelles – la démocratie, la répartition des pouvoirs, l'organisation systémique, les institutions étatiques, les règles formelles, les procédures légitimantes – logent également dans un ensemble clos. Ce dernier gère les points d'intersection avec des valeurs sociales, changeantes et antinomiques. Les deux ensembles sont insensibles l'un à l'autre tant que les instances démocratiquement habilitées n'ont pas tracé la ligne de croisement, la découpe de l'intersection qui intègre une partie des valeurs sociales



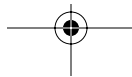
*MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE*

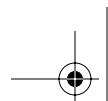
à l'ensemble structurel : les conflits qui agitent la société ne peuvent être résolus que par la voie politique, la voie législative. L'intervention judiciaire obéit à la même structure : des règles internes au système imposent les critères de sélection des faits, leur accession à la preuve, leur portée dans une contestation des choix parlementaires.

Dans l'un et l'autre cas, c'est la prohibition criminelle, l'interdit qui est en cause : interdit qu'on ne saurait justifier au nom de valeurs transcendantes pour l'une ; interdit structurellement légitimé pour d'autres. Dans l'un et l'autre cas, la facticité a une importance toute relative.

L'ensemble formé par les valeurs immanentes est en relation constante avec les faits : ces valeurs de la société sont mises en lumière par des réalités concrètes qui dévoilent, du même coup, leurs constants ajustements, la nécessité d'accommodations tant législatives que constitutionnelles. Dès que l'interdit est relativisé par une norme et une procédure qui trouvent leurs racines dans un équilibre conjoncturel, soumis aux fluctuations des valeurs sociales, l'édification législative devient mouvante. Les éléments de l'ensemble composé des valeurs de vie et de sécurité de la personne (intégrité physique, intégrité psychologique, autonomie décisionnelle) sont en relations constantes avec les éléments de l'ensemble factuel (menaces, dangers, retards, applications incohérentes). Les couplages se structurent à travers des liaisons parfois de causalité, parfois de finalités allant des faits, vers la norme, vers la valeur constitutionnellement garantie ou en sens inverse. En bout de ligne, les sous-ensembles ainsi formés doivent obéir à des rapports de commutativité. L'intervention judiciaire remplit une fonction essentiellement réflexive.

On note donc que le traitement des faits externes au litige, une fois reçus par la Cour, – leur qualification, leur interprétation, leur présence dans le raisonnement – varie selon le point de rattachement des valeurs qu'ils soulèvent et que les juges opposent. Si les faits sont le déclencheur du conflit, ils seront mis en rapport avec les dispositions législatives contestées et l'équilibre des valeurs qu'elles posent : c'est cependant le point d'ancrage des valeurs qui

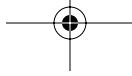




## *LES FAITS DANS LES JUGEMENTS DE VALEURS*

prévaudra à la résolution de ce conflit et qui fixera l'écart entre l'ancien équilibre et le nouveau, le cas échéant.

Dans le cas de l'avortement, ce sont des valeurs transcendantes, immanentes ou structurelles qui prévalent à la résolution judiciaire du conflit : ce sont encore les rapports entre la liberté, la société et la démocratie qui s'expriment.





30-Lajoie.book Page 418 Mardi, 20. mai 2008 12:26 12

